Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVI.

Noch einige Bemerkungen über die ſogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Von

Herrn Dr. Treitſchke,
Appellations-Rath zu Dresden.

(Beſchluß.)

Viel iſt in Beziehung auf unſre Streitfrage über den Unterſchied zwiſchen stricti juris und bonae fidei judiciis geſprochen worden [32]). Dieſer ſcheint mir aber auf dieſelbe ohne Einfluß zu ſeyn. Er kommt in Betracht bei der Frage: ob der Judex auch Einreden, die nicht in die Formel aufgenommen waren, berückſichtigen durfte; Fr. 7. §. 6. de pactis und Fr. 3. de resc. vend. ſagen, daß er in bonae fidei judiciis dies konnte. In judicio stricti juris konnte er es nicht, wenn auch der Beklagte ſolche Einreden in judicio noch vorſchützte. Hier aber fragt es ſich, ob es Einreden gab, die auch nicht vorgeſchützt, von Amtswegen zu beachten waren, es ſey nun in jure vom Prätor, oder, wenn jener ſie unbeachtet gelaſſen hatte, noch in judicio vom Richter.

Der Begriff der exceptio war zwar bei den Römern auf der einen Seite enger, als das, was wir unter einer wahren Einrede verſtehen, weil ſie das Berufen auf Handlungen, durch welche die geklagte Obligation civilrechtlich getilgt worden, woraus alſo ein ipso jure non deberi hervorging (defensiones) dahin nicht rechneten [33]); auf der

32) Heerwart a. a. O. Bd. XIV. S. 223 f. Schenk Bd. XX. S. 436 f. 446 f.

33) Hefftter Inſtitutionen des Civilproceſſes S. 96. Heerwart a. a. O. Bd. XIV. S. 224.

andern Seite war aber dieſer Begriff in ſpätern Zeiten auch weiter. Weit entfernt bin ich zwar, mit Einigen [34]) zu glauben, daß die Römer auch die Verneinung der eigentlichen causa civiliter obligans, die negative Einlaſſung in der Hauptſache, mit dem Namen exceptio bezeichnet hätten. Auch dieſe hatte ja zum Ergebniß ein ipso jure non deberi. Wohl aber nannten ſie ſo die Rüge von Mängeln der Klage in Nebenumſtänden [35]), auch von ſolchen, die der Prätor von Amtswegen hätte berückſichtigen ſollen, beſonders wenn der Mangel in abstracto ein verbeſſerlicher, alſo dadurch die intentio des Klägers nicht (wie wir ſagen würden) ſchlechterdings, ſondern nur zur Zeit oder angebrachtermaßen unſtatthaft war [36]). Unwiderleglich ſcheint mir dies unter andern hervorzugehn aus

Fr. 20. de except. 44. 1. Exceptiones opponuntur aut quia factum sit quod fieri oportet, aut quia factum sit quod fieri non oportet, aut quia factum non sit quod fieri debuerat. — Quia factum non est quod fieri debuit: ut bonorum possessionis non datae.

Was in dem letzten Beiſpiel eine exceptio genannt wird, iſt ja nur die Rüge der ermangelnden Legitimation zur Sache. Gewiß lag es von ſelbſt, nicht etwa bloß nach der aequitas, ſondern nach dem strictum jus, dem Prätor ob, Klagen auf einen Nachlaß oder auf zu einem Nachlaß gehörige Gegenſtände und aus dazu gehörigen Forderungen nur dem Erben oder bonorum possessor, und Klagen aus Forderungen an einen Verſtorbenen nur gegen deſſen civilen oder prätoriſchen Erben zu geſtatten.

---

34) Lang, über die Einrede des nicht erfüllten Contracts, Regensburg 1829. S. 22. Schenk, a. a. O. Bd. XVII. S. 255., welcher jedoch nach Bd. XX. S. 436 von dieſer Anſicht wieder abgegangen zu ſeyn ſcheint.

35) Dies leugnet Heerwart a. a. O. Bd. XIV. S. 226.

36) Zimmern Geſchichte des Röm. Privatrechts, Th. III. S. 28 unten.

Fr. 69. de acqu. vel om. her. 29. 2. Ut necessarium sit remedium praetoris circa denegandas primo actiones. Fr. 99. eod. Praetorem, causa cognita, actiones hereditarias recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accesserat, denegaturumque ei, quae se abstinuerat.

Und wenn der Prätor dies überſehen hatte, ſo konnte, ja mußte dennoch der Judex, auch ohne ausdrückliche Einwendung des Beklagten, dieſen losſprechen, ſobald der Kläger nicht darthat, daß er der rechte Kläger, der Beklagte der rechte Beklagte ſey. Wenigſtens dann müßte dies gewiß geſchehen, wenn die Formel in jus concepta war; denn bei ſolchem Legitimationsmangel war ja nicht erfindlich, was nach einer ſolchen Formel der Judex zu finden hatte, rem Agerii esse, Negidium Agerio dare oportere. Dennoch wird es exceptio genannt, wenn der Beklagte den Judex hierauf aufmerkſam machte.

Eben ſo verhält es ſich mit der exceptio procuratoria [37]), da es gewiß im Officium des Prätors lag, einen falsus procurator nicht zuzulaſſen. Ganz gleich ſcheint mir denn auch das Verhältniß der exceptio doli wegen nicht erfüllten Contracts geweſen zu ſeyn; ſonſt könnten Ulpianus und Paulus an den oben Note 12 und 14. angeführten Stellen nicht ſagen: nondum est ex emto actio, und: nisi ultro praestet.

Dieſe Erweiterung des Sprachgebrauchs hat ſich denn bei uns erhalten, obgleich dem eigentlichen Sinn, den wir mit dem Worte Einrede verbinden, eben ſo unangemeſſen, als bei den Römern demjenigen, worin ſie das Wort exceptio urſprünglich gebraucht hatten. Ihnen war exceptio eine in die Formel aufgenommene negative Bedingung der Verurtheilung, und doch nannten ſie ſo ſpäter auch andere Hinderniſſe der Verurtheilung, wenn ſie vom Beklagten angeregt wurden. Uns heißt Einrede im eigentlichen Sinn

37) Z. B. Fr. 29. §. 4. mandati, 17. 1.

nur ein ſolches Hemmniß der Verurtheilung, welches vom Beklagten angeführt werden muß, außerdem aber nicht zu beachten iſt, und dennoch nennen wir ſo auch andre der condemnatoriſchen Entſcheidung entgegentretende Umſtände, welche der Beklagte anführt, obgleich er dies nicht nöthig hätte, oder doch nicht nöthig haben ſollte. Wir reden von einer exceptio libelli inepti, deficientis legitimationis ad causam, fori incompetentis [38]), wenn gleich der Richter die Statthaftigkeit der Klage, die Rechtfertigung zur Sache und ſeine eigne Competenz von Amtswegen in Betracht ziehen kann und ſoll. (In Sachſen, wo die Richter ſeit dritthalbhundert Jahren angewieſen ſind, die Verjährung von Amtswegen zu berückſichtigen [39]), wird doch der Ausdruck exceptio praescriptionis täglich gebraucht.) So können wir denn auch von einer Einrede des nicht erfüllten Contracts, als einer Gattung der Einrede der Unſtatthaftigkeit, ſprechen, wenn der Kläger ſein Petitum unbedingt geſtellt hat, ohne auf geſchehene ſeinerſeitige Erfüllung oder eine Contractsclauſel, vermöge deren dieſe noch nicht an der Zeit ſey, ſich zu beziehen. Noch unpaſſender iſt freilich dieſer Name, wenn eins von beiden in der Klage angeführt iſt. Dann erſcheint ſolcher Einwand nur als Verneinung des einen Theil des Klaggrundes Ausmachenden; ja wenn der Kläger ſich auf contractmäßigen Aufſchub ſtützt, ſo kommt die Erfüllung gar nicht in Frage, und der Ausdruck wird in doppelter Hinſicht unangemeſſen.

Nach allem dieſem habe ich wohl kaum nöthig, mich ausdrücklich zu verwahren, daß ich der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht deswegen die Eigenſchaft einer wahren Einrede abſpreche, weil ſie eine Verneinung enthält, ſondern deshalb, weil ſie eine Verneinung deſſen enthält, was entweder in der Klage ſtehen muß, oder, fehlend, eine andre Faſſung des Klagantrags nothwendig macht. Daß z. B. die exceptio

38) Borſt a. a. O. §. 55. S. 74.

39) Const. el. 25. P. I.

non numeratae pecuniae als wahre Einrede zu betrachten und nicht vom Beklagten vorgeſchützt, auch nicht zu berückſichtigen iſt [40], wenn gleich die numeratio recht eigentlich den materiellen Klaggrund ausmacht, das hat ſeinen Grund bloß darin, daß die Urkunde eine Vermuthung für den Kläger begründet und ein formelles jenen eigentlichen Klaggrund erſetzendes Fundament der Klage bildet.

Zu II.

Es iſt bemerkt worden, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags als ſolche nicht vorkommen könne bei den Realcontracten [41]. Die Richtigkeit dieſer Bemerkung dringt ſich von ſelbſt auf in Hinſicht derjenigen, wobei die Verbindlichkeit zur Rückgabe lediglich bedingt iſt durch die Hingabe. Wird in einer Klage aus einem mutuum, depositum, precarium, die Hingabe angeführt, ſo iſt die Verneinung derſelben negative Einlaſſung in der Hauptſache. Wird die Hingabe nicht erwähnt, ſo iſt gar kein Contract angeführt, und es kann alſo nicht von ſeiner Nichterfüllung die Rede ſeyn. — Verweigert der Beklagte die Rückgabe aus einem Grunde, der in der Natur des Vertrags nicht liegt, z. B. beim mutuum wegen eines pactum de non petendo temporale, oder beim depositum, precarium, wegen ſeines Aufwands auf die Sache bis zu deſſen Erſtattung, ſo gehört dies offenbar nicht hieher. Das pactum, der Aufwand, muß vom Beklagten angeführt und auch bewieſen werden. Geht aber aus der Klage ſelbſt hervor, daß das mutuum noch nicht fällig ſey, ſo würde man es ſehr unangemeſſen exceptio non adimpleti contractus nennen, wenn der Beklagte einwendet, daß dasſelbe ihm noch nicht während der verabredeten Zeit überlaſſen worden. Denn dann hat der Kläger liquiderweiſe noch gar kein Klagrecht. Erhellt aber dies aus der Klage nicht, ſo kann ſie deshalb

40) Gönner, Handbuch des Proceſſes, Th. II. S. 210.

41) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 338.

nicht abgewieſen werden, weil eine Zeitbeſtimmung nicht zum Weſen des mutuum gehört. — Wenn aus der Klage ſich ergiebt, daß der Kläger gewiſſe Vergütungen für den Aufwand aufs depositum im Voraus übernommen habe, z. B. die Entrichtung gewiſſer Fütterungskoſten für ein deponirtes Thier, nicht aber, daß er dies geleiſtet habe, oder wenn der Aufwand aus der Natur der Sache ſich ergiebt, weil z. B. das Thier nothwendig hat freſſen müſſen, ſo iſt die Verweigerung der Rückgabe bis zum Erſatz des Aufwands wieder nicht die eigentliche exceptio non adimpleti contractus. In jenem Falle wird ja nicht die Erfüllung des Depoſitums, ſondern die eines beſondern Nebenvertrags geleugnet, und in beiden Fällen wird die Rückgabe vermöge des eigentlichen Retentionsrechts, in Folge eines dem Beklagten geſetzlich zugebilligten Beneficiums, vorenthalten. Eine Klage darf alſo deshalb, weil die Erfüllung dieſer Verbindlichkeiten von Seiten Klägers darin nicht angeführt iſt, nicht verworfen, ſondern es muß abgewartet werden, daß der Beklagte dieſes beneficium in Anſpruch nehme, worauf der Kläger noch Zeit genug in der Replik die Erfüllung behauptet. Daher ſagt Fr. 23. depos. (16. 3.) actione depositi conventus servo constitutorum cibariorum nomine apud eundem judicem *experitur* [42]). — Unter den Gegnern aber, welche die exceptio non adimpleti contractus überall als wahre Einrede gelten laſſen und überall auf das Retentionsrecht beziehen, ſind diejenigen, welche auch dieſem Einwand des Depoſitars denſelben Namen beilegen [43]), freilich conſequenter, als diejenigen, welche dieſe Exception bei den Realcontracten unbedingt ausſchließen [44]).

---

42) Vgl. Brissonius de V. S. v. experiri, n. 2.

43) Wie Volkmann a. a. O. S. 9.

44) Wie Heerwart, a. a. O. und Bd. XIV. S. 208.

Etwas anders gestaltet sich das Verhältniß beim commodatum. In dessen Begriffe liegt es, daß die Sache entweder auf eine gewisse Zeit oder zu einem gewissen Gebrauch gegeben worden, vor deren Vollendung also der Commodant zur Zurückforderung nicht befugt ist [45]). Wird hier von dem auf Rückgabe Klagenden diese Beschaffenheit des Vertrags nicht angeführt, so stützt er sich gar nicht auf ein Commodat, sondern auf ein precarium, und muß, um seinem Vorbringen den Character einer persönlichen Klage zu geben, entweder das Geschäft ausdrücklich als precarium bezeichnen, oder die bedungene beliebige Zurückforderung ausdrücklich erwähnen. Dann ist aber das Anführen des Beklagten, daß ihm die Sache auf eine bestimmte noch nicht verflossene Zeit oder zu einem bestimmten Gebrauch, wozu ihm die erforderliche Zeit noch nicht gestattet worden, überlassen sey, nur Erläuterung seiner negativen Einlassung. Gründet hingegen der Kläger seine Klage auf ein wirkliches Commodat, ohne anzuführen, daß der die Verbindlichkeit zur Rückgabe bedingende Umstand eingetreten sey, so ist der Fall unsrer Einrede allerdings vorhanden. Der Richter muß eine solche Klage angebrachtermaßen abweisen; der Beklagte aber, der es darauf nicht ankommen lassen will, sondern diesen Mangel rügt, bedient sich des Einwands des nicht erfüllten Vertrags oder der unstatthaften Klage. Andrerseits bedarf es kaum der Erwähnung, daß wenn die Klage jenen Umstand enthält, die Verneinung desselben bloß negative Einlassung auf einen zum Klaggrund gehörigen Umstand ist.

Aehnliches ist vom Pfandvertrag zu sagen. Der eigentliche Grund der Verbindlichkeit zur Zurückgabe des Pfandes ist zwar dessen Empfang, und hierin besteht also der hauptsächliche Klaggrund der actio pignoratitia directa. Aber Bedingung der Zurückforderung ist zugleich die Bezahlung der

45) Fr. 17. §. 3. commod. v. c. 13. 6.

Schuld, wegen welcher das Pfand beſtellt iſt. Sie hat, wenn ſie nicht der Anſtellung der Pfandklage vorausgegangen iſt, mit der Zurücknahme des Pfandes Zug für Zug zu geſchehen; mithin muß dann das Petitum, um nicht eine Pluspetition zu enthalten, auf Herausgabe gegen Zahlung gerichtet werden. Eine Klage, die ſich auf ein beſonderes Verſprechen unentgeltlicher Zurückgabe gründete, würde nicht mehr die Pfandklage ſeyn. Die Rüge des weſentlichen Mangels, woran die Klage leidet, wenn Rückgabe ſchlechthin, ohne Anführen der bereits erfolgten Zahlung, darin gefordert iſt, erſcheint als die eigentliche exceptio non adimpleti contractus [46]). Man hat dagegen eingewendet, daß die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Pfandſchuld nicht aus dem Pfandvertrag entſpringe, vielmehr auf andre Weiſe begründet werden müſſe [47]). Aber wenn auch auf die Zahlung nicht aus dem Pfandvertrage, ſondern nur aus der Hauptverbindlichkeit, zu deren Sicherheit er eingegangen iſt, geklagt werden kann, ſo iſt doch jener ohne eine ſolche Hauptverbindlichkeit gar nicht denkbar, und ſein eigenſtes Weſen beſteht in dem innigen Zuſammenhang mit derſelben, vermöge deſſen die aus ihm fließende Verbindlichkeit ausſchließlich durch die Erfüllung jener bedingt iſt. Die Einrede folgt alſo gewiß aus der Natur des Contracts.

Unter den Conſenſualcontracten ähnelt das mandatum den Realcontracten inſofern, als es gleich ihnen einſeitig iſt und bloß auf einer Seite eine actio directa hervorbringt, dieſe aber ſchon durch die geſchehene Ertheilung und Uebernahme des Auftrags vollſtändig begründet iſt, ohne daß noch ein in der Macht des Mandanten ſtehender Umſtand hinzukommen müßte, denn außer dieſer Macht liegt, was ſonſt

46) Schweder conclusiones selectae de exceptione non adimpleti contractus, Tübing. 1688. §. 4.

47) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 339.

noch zu Begründung der Klage gehören kann: daß der Beauftragte das Mandat zum Theil vollzogen, oder daß er es unter ihn verantwortlich machenden Umständen zu vollziehen unterlassen habe. So ist diesem Vertrag in der Einseitigkeit nicht einmal das commodatum und pignus, sondern nur das mutuum und depositum an die Seite zu setzen. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann also bei ihm gar nicht vorkommen. Wird die Ertheilung des Auftrags verneint, so ist dadurch die Existenz des Contracts selbst geleugnet, wendet der Beklagte ein, daß er den Auftrag nicht vollziehen gekonnt, so kann dies nicht Einrede des nicht erfüllten Vertrags genannt werden, als welche sich allemal auf Unterlassungen von Seiten des Klägers bezieht.

Alles bisher Gesagte gilt von der actio directa bei diesen einseitigen Contracten. Dagegen kann, sobald aus denselben actio contraria angestellt wird, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ganz an ihrer Stelle seyn. Hat auch der klagende Commodatar, Depositar, Pfandnehmer, Mandatar, wegen seiner Verwendungen ein Retentionsrecht an der vom Beklagten oder für ihn empfangenen Sache, so kann er doch eben vermöge der Gränzen dieses Rechts nicht verlangen, daß jener ihn deshalb eher befriedige, als er sie ihm herausgiebt, es wäre denn dies besonders ausgemacht. Vielmehr kann er in der Regel solche Befriedigung nur Zug für Zug mit dieser Herausgabe fordern; muß also, wenn er nicht sein Petitum hierauf stellt oder die bereits geschehene Herausgabe und sonstige Erfüllung, oder eine besondre, ihn davon zur Zeit befreiende Verabredung anführt, angebrachtermaßen abgewiesen werden, worauf der Beklagte, um sicher zu gehn, durch die exceptio non adimpleti contractus antragen kann [48]).

Dem Kläger aus einem Consensualcontract, mit Aus-

48) Beispiele gibt Volkmann a. a. O. §. 10. I. III. VI. p. 33 sq.

nahme des Mandanten, ſteht, wenn er nicht ſeine Klage auf eine der oben angegebenen Arten faßt, dieſer Einwand allemal entgegen, es wäre denn, daß er ſchon der Natur des Contracts nach das ihm Obliegende erſt nach einige Zeit lang fortgeſetzter Leiſtung von Seiten des Beklagten zu leiſten hätte, wie in der Regel, wo Vorausbezahlung des Pachts oder Miethezinſes nicht ausgemacht iſt, der Pachter und der Miether [49]), oder daß aus einem fortdauernden Contractsverhältniß auf eine einzelne in demſelben liegende Leiſtung geklagt würde, wie ebenfalls beim Pacht- und Miethvertrag und beim Geſellſchaftsvertrag vorkommen kann. — Hinſichtlich des Kaufcontracts war man ſonſt allgemein darüber einverſtanden, daß die Verpflichtung, Zug für Zug zu erfüllen, hier in der Regel ſchlechterdings gegenſeitig ſey. (Auch Mühlenbruch [50]), welcher ſo verſtanden worden iſt, als lege er dem Verkäufer die Tradition als Vorleiſtung auf [51]), ſagt dies nicht; obwohl er deſſen Recht, die Waare bis zur Zahlung an ſich zu behalten, an dieſer Stelle nicht ausdrücklich erwähnt. In dem Satze, daß der Käufer, wenn der Verkäufer vor der Zahlung übergeben hat, das Kaufgeld verzinſen müſſe, liegt jene Behauptung nicht.) Erſt neuerlich iſt die Anſicht, daß der Käufer im Zweifelsfall zur Vorausbezahlung verbunden ſey, aufgeſtellt [52]), aber auch bereits ſo gründlich widerlegt worden [53]), daß ich kaum etwas hinzufügen kann. Der Erfinder und Vertheidiger dieſer Anſicht ſtützt ſich auf die angebliche Natur des Kaufvertrags und auf das vorgebliche Stillſchweigen der Geſetze über eine Verbindlichkeit des Verkäufers zu gleichzeitiger Leiſtung; irrt ſich aber in beidem.

---

49) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 355. Bd. XIV. S. 411.

50) Doctrina Pandect. §. 396.

51) Schenk a. a. O. Bd. XX. S. 473.

52) Schenk a. a. O. Bd. XVII. S. 114 f. Bd. XX. S. 473 f.

53) Heerwart a. a. O. Bd. XVIII. S. 389 f.

Denn in der Natur dieses Vertrags liegt eben vielmehr völlige Gegenseitigkeit, und der Käufer läuft in gewissem Betracht durch Vorausbezahlung oft noch mehr Gefahr, als der Verkäufer durch Creditirung des Kaufgeldes, weil das Geld eine vertretbare, in der Regel jederzeit und überall anzuschaffende Sache ist, bei der Waare aber sehr häufig auf das Individuum gesehen wird oder doch die Vorräthe davon fast nie so in beliebiger Menge zu Gebote stehen, so daß, falls der Verkäufer den verkauften Gegenstand anderweit verhandelt, ihm die Vertragserfüllung unmöglich oder sehr schwierig wird. Was die Gesetze betrifft, so brauche ich mich nicht darauf zu beziehen, daß man aus ihrem Stillschweigen eben so gut das Gegentheil schließen könnte und nach Widerlegung des aus der Natur des Contracts hergenommenen Grundes schließen müßte, sondern nur auf das oben [54]) angeführte Fr. 34. §. 3. de contrab. emt. hinzuweisen. Und wozu brauchte bei Gajus [55]) der Argentarius sich wegen der verlangten Vorausbezahlung auf die praedicta lex auctionis zu berufen, wenn jene sich von selbst verstünde? Schenk will freilich hier ein jus singulare in odium der Argentarien annehmen; dies ist aber eine eben so willkürliche Voraussetzung, als die, worauf seine ganze Argumentation beruhte.

Zu III.

Es ist unbestritten, daß zu Begründung einer persönlichen Klage nicht juristische Urtheile oder Folgerungen ohne factische Prämissen, sondern Thatsachen, aus denen der Richter die nöthigen Folgerungen und Urtheile ableiten könne, anzuführen sind. Wer also, aus einem zweiseitigen Contracte klagend, sein Petitum nicht auf Vollziehung Zug für Zug richten will und deshalb die seinerseits bereits geschehene Erfüllung

---

54) Note 14.

55) IV. 26. S. oben bei Note 30. 31.

anführen muß, der kann dieſer Forderung nicht dadurch gnügen, daß er allgemein behauptet, erfüllt zu haben. Vielmehr muß er das, was er zum Behuf der Erfüllung gethan haben will, beſtimmt angeben, damit man beurtheilen könne, ob es dem entſpricht, was nach der Natur des Contracts ihm oblag. Der Verkäufer muß ſagen, daß er die Waare vollſtändig übergeben, der Käufer, daß er das Kaufgeld voll bezahlt habe u. ſ. w. — Wenn jedoch in der Klage ein gewiſſer beſtimmter Inhalt des Contracts genau angegeben iſt und die einzelnen Leiſtungen, die der Kläger übernommen habe, ſpeciell aufgezählt ſind, ſo würde es offenbar pedantiſch ſeyn, zu verlangen, daß der Kläger nachher auch von jeder eben ſo ſpeciell anführe, er habe ſie eben auf dieſe Weiſe bewirkt. Sagt er dann, er habe Alles, was nach dem Vorſtehenden ihm obgelegen, gleichermaßen geleiſtet, ſo muß ſeine Klage als vollkommen ſchlüſſig gelten.

In beiden Fällen kann nun von der eigentlichen Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht die Rede ſeyn; das Leugnen der angeführten Erfüllung iſt oftgedachtermaßen nur negative Litiscontestation, mithin für den Beklagten, der ſolche nicht zugeſtehen muß, nothwendig, da er widrigenfalls in die Strafe des Ungehorſams verfallen würde. — Wenn man aber im letztern Falle dem Kläger geſtattet, ſich bezüglich der Thatſachen der Erfüllung allgemeiner auszudrükken, weil die Specialiſirung aus dem libellirten Vertragsinhalte von ſelbſt hervorgeht, ſo muß man conſequenterweiſe auf ſolches allgemeines Anführen eine eben ſo ſpecielle Einlaſſung hinſichtlich der einzelnen darin liegenden Thatſachen verlangen, als bei ſpecieller Erwähnung der Vollziehung jeder Einzelheit dem Beklagten obgelegen hätte. Es kann alſo in dieſem Falle nicht hinreichen, wenn der Beklagte die Behauptung des Klägers: „alles vorſtehend Erwähnte vollſtändig ausgeführt zu haben,“ im Allgemeinen verneint, ſondern er muß dabei erläuternd entweder dieſe Verneinung auf

alle und jede darin begriffene Handlungen erſtrecken, oder diejenigen, die er allein leugnen will, beſtimmt bezeichnen. Widrigenfalls würde die negative Einlaſſung nicht frei von doloſer Inſitiation und Mentalreſervation ſeyn. Da der Richter nicht in Gefahr kommen darf, den Kläger mit dem Beweiſe von Thatſachen zu beſchweren, von welchen man noch gar nicht weiß, ob der Beklagte ſie zu leugnen vermöge, ſo muß einen auf die gedachte allgemeine Weiſe ſich einlaſſenden Beklagten die Strafe unrichtiger Einlaſſung treffen, er muß nach gemeinem Recht ſeiner Einreden verluſtig, nach ſächſiſchem Proceßrecht der Klage für geſtändig geachtet werden.

Keinesweges kann hingegen eine gleiche Obliegenheit zu ſpecieller Erklärung dem Beklagten beigelegt werden beim Gebrauch der eigentlichen Einrede des nicht erfüllten Vertrags, alſo in den oben unter I. erwähnten Fällen mangelhafter Klagen. Hier iſt der Beklagte keinesweges verbunden, genau anzugeben, ob der Kläger von ſeinen Verbindlichkeiten noch gar keine, oder welche davon er noch nicht erfüllt habe. Denn der Zweck der Einrede iſt lediglich, den Richter aufmerkſam zu machen, daß in der Klage etwas Weſentliches fehlt und daß er alſo ſie auch ohne die Rüge des Beklagten würde verwerfen müſſen. Eine beſtimmte Erklärung über etwas, das nicht in der Klage ſteht, kann dem Beklagten nicht zugemuthet werden. Andrer Meinung müſſen hierüber freilich wohl diejenigen Rechtslehrer ſeyn, welche hier eine wahre, nothwendig vorzuſchützende, Einrede ſehen.

Zu IV.

Glück [56]) hat die verſchiedenen Meinungen der Schriftſteller über die ſogenannte exceptio non rite adimpleti contractus zuſammengeſtellt, und gut gezeigt, wie der ganze

56) Erläut. der Pand. Th. XVII. S. 231 f.

Streit wohl nur darin ſeinen Grund haben mag, daß man ſich nicht vor allen Dingen darüber verſtändigt hat, was es bedeute, wenn man ſagt, ein Vertrag ſey nicht rite, nicht gehörig erfüllt. Selbſt der ſcharfſichtige Weber [57]) giebt hiervon keinen Begriff, ſondern nur Beiſpiele, und dieſe ſind nicht durchgängig geeignet, ſeine Meinung, daß hier die Beweislaſt allemal auf den Beklagten falle, unbedingt zu unterſtützen. Von dem Fall der Fehlerhaftigkeit der Waare wird unten die Rede ſeyn. Die andern Beiſpiele ſind hergenommen von Fällen poſitiver Umſtände, welche der ſie anziehende Beklagte natürlich beweiſen muß, was denn, wie im Fr. 25. de act. emti et v. (ſiehe oben) ein von der bloß negativen Einrede des nicht erfüllten Vertrags ganz verſchiedenes Sachverhältniß hervorbringt.

Vorſt [58]) giebt theoretiſch zu, daß die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags mit der des nicht erfüllten gleich zu beurtheilen und der Kläger auch die gehörige Erfüllung nachzuweiſen gehalten ſey; hebt aber praktiſch dieſe Regel faſt ganz wieder auf, indem er behauptet, ſobald der Beklagte die zu gewährende Sache oder Leiſtung angenommen habe, ſey er der Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags verluſtig und es bleibe ihm nur die des Irrthums übrig. Sonach wäre dieſe Einrede faſt gar nicht denkbar, denn wenn der Beklagte die vom Kläger angebotene Erfüllung nicht angenommen hat, ſo iſt ja der Contract noch gar nicht erfüllt, und es kann daraus vielleicht eine Purgation der mora des Klägers, welche nicht hieher gehört, in der Regel aber nichts hervorgehn, was das hier in Rede ſtehende Sachverhältniß änderte. Der einzige auszunehmende Fall iſt der, wenn die Gehörigkeit der Leiſtung in Beobachtung

57) Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung, Abh. VI. §. 27.

58) Von der Beweislaſt, S. 101.

der contractmäßigen Zeit besteht und der Kläger sich einer lex commissoria unterworfen hat. Hier genügt nicht die Richtung des Petitums auf Erfüllung Zug für Zug. Es kann aber der Kläger, um schlüssig zu klagen, entweder anführen, daß der Beklagte seine, des Klägers Leistung angenommen habe, gleichviel zu welcher Zeit [59]), oder daß er, der Kläger, selbige ihm zur rechten Zeit angeboten habe, aber damit zurückgewiesen worden sey [60]). — Allein die Behauptung, daß durch die Annahme der Erfüllung die Einrede des nicht gehörig oder richtig erfüllten Vertrags ausgeschlossen werde, ist gewiß unrichtig für die häufigen Fälle, wo die Mangelhaftigkeit der Leistung einerseits einem ausdrücklichen Versprechen entgegenläuft, andrerseits aber nicht von selbst in die Augen fällt, vielmehr dem Beobachter, oder doch dem nicht sachverständigen (wenn der Beklagte kein solcher ist) leicht entgehn kann. Hier ist dem Beklagten der Beweis des Irrthums nicht aufzubürden, vielmehr vom Kläger der Beweis zu erfordern, daß die Annahme in dieser Qualität wissentlich erfolgt sey [61]), wovon unten mehr.

Heerwart [62]) erklärt sich ebenfalls im Allgemeinen gegen den fraglichen Unterschied, will aber die Einrede des nicht richtig erfüllten Vertrags dann anders beurtheilen, wenn eine Species zu liefern versprochen ist. Denn die Natur dieser Species zu verändern, sey ja dem Kläger unmöglich; mithin könne auch nicht dieses, sondern nur Entschädigung von ihm gefordert werden; wer aber diese verlange, der müsse auch seinen Schaden und die ihn bedingenden Umstände vor allem beweisen. — Dieselbe Argumentation würde, wäre sie richtig, auch gelten, wenn ein genus zu liefern ist, der

59) Fr. 6. pr. de lege commiss. 18. 3.

60) Fr. 4. §. 4. eod

61) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 359.

62) a. a. O. S. 353. 357.

Kläger aber nachweiſt, daß die Vorräthe deſſelben von der verſprochenen Beſchaffenheit für den Augenblick erſchöpft ſeyen, alſo die verſprochene Menge davon aufzutreiben unmöglich falle. Ja ſie würde auch anwendbar ſeyn auf die Einrede des gar nicht erfüllten Vertrags, wenn von dem verkauften genus gar nichts mehr zu haben oder die verkaufte species, wovon der Verkäufer die Gefahr übernommen oder wegen Verzugs zu tragen gehabt hätte, untergegangen wäre. Der Kläger könnte nach jener Anſicht in allen dieſen Fällen nicht abgewieſen, ſondern der Beklagte müßte zum Beweiſe ſeines Schadens angehalten werden. Wozu aber dies? der Kläger kann ja doch in dieſem Proceſſe nicht zur Entſchädigung verurtheilt, ſondern müßte darauf beſonders belangt werden. Wird der Schädenanſpruch bloß zum Behuf der Compenſation vorgeſchützt, ſo will ſich ja der Beklagte der Erfüllung dadurch nicht entziehen, vielmehr ſie nur auf andre Weiſe, als durch Zahlung, nehmlich durch Gegenrechnung, bewirken. Dies iſt alſo nicht die eigentliche Einrede des nicht erfüllten Contracts. In allen andern Fällen kommt es aber bei einer Einrede nicht darauf an, was der Beklagte fordern könne, ſondern nur darauf, ob er wegen derſelben das, was von ihm gefordert wird, verweigern könne. Er kann aber die Erfüllung von ſeiner Seite gewiß eben ſo gut verweigern, wenn der Kläger nicht gehörig erfüllt hat oder nicht gehörig erfüllen will oder kann, als wenn alles dies gar nicht Statt findet. In allen dieſen Fällen muß der Kläger abgewieſen werden; die Frage, was weiter daraus entſtehe, gehört gar nicht in dieſen Proceß. Befindet ſich der Kläger in der Unmöglichkeit, contractmäßig zu erfüllen, ſo kann er das bereits Gegebene mit condictio sine causa zurückfordern, und in dieſem neuen Proceſſe mag denn der Beklagte ſein Retentionsrecht wegen ſeiner Schädenanſprüche geltend machen. Dieſe muß er natürlich beweiſen; das iſt aber keine exceptio non adimpleti contractus, da ja die

Klage ſelbſt deſſen Nichterfüllung vorausſetzt. Oder der vorige Beklagte kann nun den vorigen Kläger auf Entſchädigung belangen, unter Erbietung zur Herausgabe des Empfangenen.

Schenk [63]) will ebenfalls, jedoch aus andern Gründen, zwiſchen einer res certa und einer res generis, die zu liefern verſprochen, unterſcheiden, und bei erſterer den Beweis des nicht gehörig erfüllten Vertrags dem Beklagten auferlegen. Denn bei jener diene die qualitative Beſchaffenheit der Sache nicht dazu, den Gegenſtand des Vertrags zu beſtimmen; alſo müſſe der Beklagte allemal beweiſen, daß die verſprochenen Eigenſchaften ſich an der Sache nicht gefunden, geſetzt auch, daß der Kläger ihr Vorhandenſeyn zugeſichert hätte. — Für dieſen Fall, und jeden, wo die Verbindlichkeit zu Gewährung der fraglichen Beſchaffenheit aus der Natur der Sache oder aus der Klage ſelbſt erhellt, kann dies unmöglich zugegeben werden. Iſt der Kläger (was Schenk natürlich nicht leugnet) an ſeine Zuſicherungen gebunden, iſt ſeine Verbindlichkeit, ſie zu erfüllen, eben ſo gut ein Ausfluß des geſchloſſenen contractus bonae fidei, als die zur Lieferung der Sache ſelbſt, ſo iſt nicht abzuſehen, weshalb ſie hinſichtlich der Beweislaſt verſchieden zu behandeln wäre. Der Fall aber, wo die erforderliche Qualität der Leiſtung an ſich aus dem libellirten Vertrage nicht erhellt, dieſer aber dennoch, ſo wie er in der Klage dargeſtellt iſt, an ſich als rechtsbeſtändig erſcheint, iſt gar nicht der Fall der in Rede ſtehenden Einrede, ſondern es kann dann nur eine wahre auf zufällige Nebenberedungen, alſo neue Thatſachen, geſtützte Einrede entgegengeſetzt werden, welche natürlich der Beklagte beweiſen muß. — Auch Schenk beſchäftigt ſich übrigens viel mit der Frage von der dem Be-

63) a. a. O. Bd. XX. S. 469. f.

klagten gebührenden Entſchädigung, welche, wie gezeigt, in den Proceß über die Contractserfüllung gar nicht gehört.

Zur Beſeitigung der zwiſchen Einrede des nicht erfüllten und des nicht gehörig erfüllten Contracts unterſcheidenden Anſicht gnügt wohl die Hinweiſung auf die ſchon von Mehreren [64]) hervorgehobene und unumſtößliche Wahrheit, daß derjenige, der das Verſprochene oder in der Natur des Contracts Liegende nicht auf die Weiſe leiſtet, wie es zu leiſten verſprochen iſt, oder nach dem Weſen des Contracts ihm obliegt (und was ſollte „nicht gehörig" anders heißen?), den Contract eben ſo wenig erfüllt, als derjenige, der gar nichts thut. Ein zur Leiſtung Zug für Zug verbundener Kläger kann alſo ſein Petitum nur dahin richten, daß gegen die ſeinerſeitige contractmäßige Erfüllung auch der Beklagte erfüllen ſolle, oder er muß anführen, daß er ſolche in dieſer Qualität bereits bewirkt habe; er müßte ſich denn auf Abänderung des urſprünglichen Vertrags beziehen können, welche ſowohl ausdrücklich, als ſtillſchweigend durch wiſſentliche Annahme nicht contractmäßiger Leiſtung von Seiten des Beklagten, erfolgt ſeyn kann. Alle dieſe Anführungen ſind aber factiſch und müſſen alſo vom Kläger bewieſen werden. Ein Schneider, der mir zu einem Rock das Maaß genommen hat, muß, wenn er auf deſſen Abnahme und Zahlung mich belangen will, anführen und beweiſen, daß der Rock nach dem genommenen Maaße gefertigt ſey, ſonſt muß er abgewieſen werden, wenn ich auch nicht anführe, worin, ja ſelbſt wenn ich gar nicht vorſchütze, daß der Rock verdorben ſey [65]). — Die meiſten der Gegner leugnen auch alles dieſes nicht. Vielmehr bezieht ſich ihre verſchiedene Anſicht nur auf folgende zwei Fälle:

---

64) Glück, Schweppe, Heerwart, a. d. a. O.

65) Vgl. Schenk a. a. O. S. 471.

1. wenn eine Species oder Anzahl von beſtimmten Individuen zu liefern iſt und der Beklagte behauptet, den Contract nur unter der Vorausſetzung einer gewiſſen poſitiven Beſchaffenheit derſelben, die nicht vorhanden ſey, geſchloſſen zu haben. Es wird aber nun klar ſeyn, daß hier Alles darauf ankommt, ob die Rechtmäßigkeit dieſer Vorausſetzung aus der Klage ſelbſt erhellt; daß dann auch die Realiſirung derſelben darin angeboten oder als bereits eingetreten angeführt ſeyn muß; daß hingegen widrigenfalls von der eigentlichen Einrede des nicht erfüllten Contracts gar nicht die Rede ſeyn kann.

2. Wenn der Beklagte behauptet, daß die gelieferte Sache fehlerhaft ſey. — Aber auch die Fehlerhaftigkeit kann zuvörderſt in dem Mangel einer geſetzlich, oder ſchon nach dem Inhalt der Klage contractmäßig, nothwendigen poſitiven Eigenſchaft beſtehen, und dann gilt natürlich auch hier das Obige. So iſt jeder Käufer verbunden, in gutem cursmäßigen Gelde zu bezahlen; er muß alſo nicht nur Zahlung, ſondern Zahlung in ſolchem Gelde anbieten oder geleiſtet zu haben anführen und beweiſen.

Aber auch bei negativen Eigenſchaften bleibt die Beweislaſt dann auf des Klägers Seite, wenn er eine ſolche, z. B. die Abweſenheit eines redhibitoriſchen Fehlers, oder das Verbleiben der Sache in dem Zuſtande, worin ſie ſich zur Zeit des Contractsabſchluſſes befand, ausdrücklich zugeſichert hat. Hat er alſo dies in der Klage zugegeben, und nicht angeführt, daß die verkaufte Sache von ſolchem Fehler frei ſey, in jenem Zuſtande ſich noch befinde, oder daß etwa Beklagter ſie des Fehlers, der Veränderung, ungeachtet wiſſentlich bereits angenommen habe, ſo iſt die Klage unſchlüſſig und zu verwerfen. Iſt das Verſprechen in der Klage nicht erwähnt, wird aber ausflucht sweiſe vorgeſchützt, ſo muß zwar der Beklagte dieſes erweiſen, der Kläger aber repliciren und darthun, daß der Fehler nicht vorhanden, die Veränderung nicht

eingetreten ſey. — Die Praxis, wenigſtens die ſächſiſche, iſt zwar hier entgegen, und bürdet auch den Beweis, daß die Sache den Fehler wirklich habe, daß ſie verändert ſey, dem Beklagten auf. Dies iſt jedoch nicht zu billigen, da dieſe beſtimmte Verneinung die Bedingung des klägeriſchen Anſpruchs iſt [66]).

Anders verhält ſichs allerdings, wenn eine Garantie des Klägers nicht behauptet wird, viel weniger aus der Klage bekannt iſt, ſondern der Fehler in etwas beſteht, deſſen Abweſenheit ſtillſchweigend vorauszuſetzen war, wie in einer Krankheit der gelieferten Sache oder in einer neuerlichen Veränderung, die geſetzlich und nach der Natur des Contracts den Kläger befreit, oder in Anſprüchen eines Dritten, welche Eviction drohen [67]). Hier fällt überall die Beweislaſt auf den Beklagten. Denn ſo richtig es iſt, daß auch Verneinungen bewieſen werden müſſen, wenn ein Anſpruch durch ſie bedingt iſt, ſo iſt dies doch nur zu verſtehen von ſolchen Verneinungen, welche auf das Nichtvorhandenſeyn oder Nichtgeſchehenſeyn einer beſtimmten Sache oder Thathandlung an einem beſtimmten Orte und zu einer beſtimmten Zeit gerichtet ſind. Allgemeine und vage Verneinungen, z. B. daß ein verkauftes Pferd keinen Fehler habe, daß an der verkauften Sache keinem Dritten ein Recht zuſtehe, damit keine Veränderung neuerlich vorgenommen worden ſey, daß der Kläger keine, nicht von ſelbſt im Weſen des Contracts liegende Gewähr geleiſtet habe u. dergl., brauchen nicht in der Klage ausgeſprochen, nicht bewieſen zu werden [68]). Iſt aber dies nicht nöthig, ſo kann auch der Beklagte die diesfällige Be-

66) Vgl. Borſt von der Beweislaſt, S. 25. Linde, Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, Th. I. S. 94 f. und die daſelbſt Angeführten.

67) Vgl. Hommel Rhaps. obs. 87.

68) Vgl. Borſt a. a. O. S. 21.

weislaſt nicht dadurch auf den Kläger wälzen, daß er einen beſtimmten poſitiven Fehler behauptet, und ſo des Klägers Widerſpruch dagegen, mithin eine Verneinung beſtimmterer Art, hervorruft. Dies alles ſind aber nicht Eigenthümlichkeiten der ſogenannten exceptio non *rite* adimpleti contractus, vielmehr muß auch in den Fällen, wo die gänzliche Nichterfüllung in einer poſitiven Handlung beſtehen ſoll, der Beklagte den Beweis, daß dieſe Handlung unternommen worden ſey, übernehmen, und der Kläger hat nicht nöthig, die allgemeine Verneinung, daß er Nichts gegen den Contract gethan habe, in die Klage aufzunehmen. Ein Beiſpiel gibt das oben angezogene Fr. 25. de act. emti et venditi.